

POR DON RODRIGO DE ABREGO MELGAREIO, Y DOÑA MARIA SVAREZ DE TOVS, HERMANOS:

CON

doña Teresa Gentil de Leiua, vna de los seys herederos de Rui Diaz de Segura, y Eluira Suarez su muger.

IVRIS ALLEGATIO, REPLICAtoria, a la de la dicha doña Tereſa.

A NO ſer tan grande afeccion (que otros llamã paſsion) la que tenemos los Abogados a la juſticia de las partes que defendemos, y a los partos del ingenio con que la fundamos (que juſtamente ſe puede recuſar, por la ſugeciõ que padecemos a engañarnos, o engañar) juzgara por ocioſo el gaſtar tiempo, y papel en reſponder al que ſe ha dado por el Abogado de doña Tereſa; con tanto mayor cauſa, quanto la deue dar juſtamente el temor de canſar (auiendo tan largo eſcrito) ſegunda vez a V.S. y a eſtos ſeñores Pero los pleiteantes obligan a mucho, aunque toda via no a tanto, que yo dexe de procurar ſumma breuedad en eſta replica, como ſe verâ por lo que ſe ſigue.

PRIMERA PARTE.

EN tres diuidieron don Rodrigo, y ſu hermana la alegacion de ſu derecho. La primera de las quales mirò ſolamente a la dicha doña Maria, y a la nulidad, y defecto de citacion ſuya: en cuya reſpueſta largamente no dize el Abogado de doña Tereſa coſa que neceſsita de replica, o ſatisfacion, porque todas ſon doctrinas generales, y muy eſtrañas del punto riguroſo, y tan ſabido, como es, no eſtar vn pleito ſeguido con parte, ni vencida, para efecto de que ſe llame executoria contra ella: yo ſolo me contentarè con peſar la vltima alegacion, con que cierra eſte diſcurſo, de cuya mueſtra (ſino me engaño) ſe conocerà cuius farinæ ſea todo lodemas que le precede. Dize pues en la pagina 5. verſ. quod iuuatur, que por ſolo auer ſeguido el pleito con el marido, ò la muger, baſta para que le obſte, y produzga coſa juzgada contra entrambos: y el fundamento es, porque haze eſte ſilogiſmo; *Sententia lata contra vnum ex ſocijs, præiudicat alteri:* y dize

ze,que esta es conclusion probada por la ley 20.tit.22 part.3. Y por la l.17.tit.11.eadem partida,& Silua responsorum,c.1.à n.15. cum seqq.y a esta le llama la mayor proposicion,y la menor; *Sed sic est,que el marido, y la muger,sunt socij diuinæ,& humanæ domus,& vna,eademq́; persona reputantur* : ex illo, *& erunt duo in carne vna*:de que procede, quòd lucra acquisita constante matrimonio communicentur,vt disponitur in legibus Regni, consequencia es : *Ergo sententia lata contra maritum parit rem iudicatam contra vxorem , & lata contra vxorem , parit rem iudicatam contra maritum,tamquam contra inuicem socios.*

Antonio Fabro(con suma delgadeza)en la ley si cũte 51.ff.de pactis,aduirtio: *Quòd rationes dubitandi,veræ semper esse debent:nunquam falsæ;sed semper male applicatæ;rationes autem decidendi, & veras, & bene applicatas esse oportere.*

Tambien tres especies diferentes de defectos(cõtra esta doctrina) solemos cometer los Abogados en nuestras informaciones en derecho. El primero, alegar doctrinas,que en si sean menos ciertas,y verdaderas;pero bien pueden ser prouables;y esto tambien(segun prouables opiniones) le basta al Abogado para defenderse. El segundo,alegar doctrinas verdaderas o menos verdaderas,pero mal aplicadas,que(segun la doctrina de Antonio Fabro) solamente se permite in rationibus dubitandi, y mediante la fuerça y calor de el argumento , y para abrir camino a la verdad, y a la razon de decidir.

El tercero es,quando alegamos algun texto, o Autor, que en realidad de la verdad no dize , ni prueba aquello para que le alegamos.

El quarto y vltimo(y mas intolerable que todos,es quando el texto, o Autor que alegamos, no solamente no dize,ni prueba aquello para que le alegamos, si no dize,o prueba su contrario.

Y sino me engaño (cum bona venia dictum sit) de esta quarta,y vltima calidad es la alegacion de que tratamos, quod vt apertissimè demonstretur , diuidimos

la

IVRIS ALLEGATIO, REPLICAtoria, a la de la dicha doña Teresa.

A NO ser tan grande afeccion (que otros llamã passion) la que tenemos los Abogados a la justicia de las partes que defendemos, y a los partos del ingenio con que la fundamos (que justamente se puede recusar, por la sugeciõ que padecemos a engañarnos, o engañar) juzgara por ocioso el gastar tiempo, y papel en responder al que se ha dado por el Abogado de doña Teresa; con tanto mayor causa, quanto la deue dar justamente el temor de cansar (auiendo tan largo escrito) segunda vez a V.S. y a estos señores Pero los pleiteantes obligan a mucho, aunque toda via no a tanto, que yo dexe de procurar summa breuedad en esta replica, como se verâ por lo que se sigue.

PRIMERA PARTE.

EN tres diuidieron don Rodrigo, y su hermana la alegacion de su derecho. La primera de las quales mirò solamente a la dicha doña Maria, y a la nulidad, y defecto de citacion suya: en cuya respuesta largamente no dize el Abogado de doña Teresa cosa que necessita de replica, o satisfacion, porque todas son doctrinas generales, y muy estrañas del punto riguroso, y tan sabido, como es, no estar vn pleito seguido con parte, ni vencida, para efecto de que se llame executoria contra ella: yo solo me contentarè con pesar la vltima alegacion, con que cierra este discurso, de cuya muestra (sino me engaño) se conocerà cuius farinæ sea todo lodemas que le precede. Dize pues en la pagina 5. vers. quod iuuatur, que por solo auer seguido el pleito con el marido, ò la muger, basta para que le obste, y produzga cosa juzgada contra entrambos: y el fundamento es, porque haze este silogismo; *Sententia lata contra vnum ex socijs, præiudicat alteri:* y dize

ze,que esta es conclusion probada por la ley 20.tit.22 part.3. Y por la l.17.tit.11.eadem partida,& Silua responsorum,c.1.à n.15. cum seqq.y a esta le llama la mayor proposicion,y la menor; *Sed sic est,que el marido, y la muger,sunt socij diuinæ,& humanæ domus,& vna,eademq; persona reputantur* : ex illo, *& erunt duo in carne vna*:de que procede, quòd lucra acquisita constante matrimonio communicentur,vt disponitur in legibus Regni, consequencia es : *Ergo sententia lata contra maritum parit rem iudicatam contra vxorem, & lata contra vxorem, parit rem iudicatam contra maritum,tamquam contra inuicem socios:*

Antonio Fabro(con suma delgadeza)en la ley si cũ te 51.ff.de pactis,aduirtio: *Quòd rationes dubitandi,veræ semper esse debent:nunquam falsæ;sed semper male applicatæ;rationes autem decidendi, & veras, & bene applicatas esse oportere.*

Tambien tres especies diferentes de defectos(cõtra esta doctrina) solemos cometer los Abogados en nuestras informaciones en derecho. El primero, alegar doctrinas,que en si sean menos ciertas,y verdaderas;pero bien pueden ser prouables;y esto tambien(segun prouables opiniones) le basta al Abogado para defenderse. El segundo,alegar doctrinas verdaderas o menos verdaderas,pero mal aplicadas,que(segun la doctrina de Antonio Fabro) solamente se permite in rationibus dubitandi, y mediante la fuerça y calor de el argumento, y para abrir camino a la verdad, y a la razon de decidir.

El tercero es,quando alegamos algun texto, o Autor, que en realidad de la verdad no dize, ni prueba aquello para que le alegamos.

El quarto y vltimo(y mas intolerable que todos,es quando el texto, o Autor que alegamos, no solamente no dize,ni prueba aquello para que le alegamos, sino dize,o prueba su contrario.

Y sino me engaño (cum bona venia dictum sit) de esta quarta,y vltima calidad es la alegacion de que tratamos, quod vt apertissimè demonstretur, diuidimos

la replica en las tres inſpecciones ſiguientes. La primera (dejado aparte: *An maritus, & vxor quoad hunc effectum dicantur ſocij?* Que la ſentencia, y coſa juzgada, litigada contra vnum ex ſocijs, non parit rem iudicatam contra alium, non citatum, neque vocatum. La ſegunda, que las leyes de Partida (y Silua reſponſorum, que las alega) no prueban tal propoſicion. La tercera, que las meſmas leyes de Partida (y Silua reſponſorum, que las alega) prueban la cõtraria propoſiciõ: de ſingulis ergo videamus oportet.

Quoad primum inſpectionem.

ESTA es concluſion de derecho, tanto en las acciones perſonales, quanto en las Reales: *Quod ſocius non poteſt agere contra debitorem ex debito ſocietatis niſi pro parte ſua tantùm quando ſocij per ſe ipſos contraxerunt, & non ſunt correi; nec ſocius habet mandatum ab alijs conſocijs, vt agere poſsit inſolidum.* l. iure ſocietatis, ff. pro ſocio. Bartolus in l. eãdem, num. 9. ff. de duobus reis, Decius in l. ſi ſocius, num. 2. ff. de rebus creditis, poſt Caſtrenſem, Iaſſonem, Alexand. & alios, Valaſcus cõſultationẽ 143. num. 14. volu. 2. nec etiam poſſunt conueniri alij pro alijs, niſi vnus quiſque pro ſua rata parte tantùm, vt in dubitatum reſoluunt omnes ſupra citati.

Similiter ſocij poſsidentes fundum, oliuetum, vineã hæreditatem, vel rem aliquam pro indiuiſo, omnes ſunt conueniendi ab illo, qui rem ab ipſis ſic poſſeſſam vindicare intendat; & non vnus tantùm: nam ſi omnes poſsident pro indiuiſo, omnes retinent partem, quam vindicans prætendit; quamuis ſit cohæres illorum ipſe vindicans; quia in quacumq; parte hæreditatis, quis pro indiuiſo poſsidens, retinet partem alterius vindicantis, l. 1. § quinimò, vbi DD. & §. ſi ego, verſ. cæterũ, ff. ſi pars hæreditatis petatur, l. Pomponius, ff. de reiuẽdicatione, Bartolus, & Romanus in dicto §. ſi ego. Ac ſubinde es doctrina cierta, *que la ſentencia contra vnum ex ſocijs, ſiue in actione reali, ſiue perſonali non producit effectum*

rei

rei iudicatæ quoad alios.

Quoad secundam inspectionem, las leyes de Partida que se alegan, no prueban la conclusion, in primis, no la prueba la ley 20. tit. 22. part 3. porque en ella no ay palabra alguna de socijs, ni de que la sentencia contra vnum ex illis, præiudicet alteri; ni cosa que pueda aplicarse, mas de lo que se dirà en en la inspeccion siguiente. Porque lo que aquella ley dispone es: *que la sentencia contra vnum ex pluribus reis debendi in solidum obligatis, vel credendi, noceat, & producat effectũ rei iudicatæ quoad alios,* ibi: *Pero cosas i ha, en que empeceria, y esto seria quando dos omes se fiziessen deudores de otro sobre vna cosa misma, cada vno por todo: o quando fuesse a algunos prometido campo, o viña, o otra cosa qualquier, de manera que cada vno de ellos en todo la pudießen demandar. Ca el juizio que fuesse dado contra alguno de estos sobre dichos en razon de aquellas cosas, empeceria a los otros; maguer abi no fuessen acertados a la sazon q̃ lo dieron.*

La otra ley de partida que se alegà, es la ley 17. tit. 11. eadem part. 3. y esta no habla en razon de cosa juzgada, sino de iure iurando, judicial, y lo que dispone en razon de compañeros, *y de que el juramento de el vno, prosit, vel noceat alteri,* antes prueba y dispone lo contrario, como se mostrarà en la inspeccion siguiente.

Y Villar de Torres responso 1. num. 15. (aunque lo que dixo no tiene certeza) toda via no dixo lo para que en este caso se alega.

Quoad tertiam inspectionem.

IN primis la mesma l. 20. tit. 22. part. 3. prueba, *que la sentencia dada contra vno de los compañeros, o comuneros, no produce efecto, ni perjuizio de cosa juzgada corra los demas,* ibi: *Otrosi, dezimos, que si alguno de los herederos de algun deudor fuere demandado en juizio, y aquel que faze la demanda probó su intencion contra el, en razon de la deuda que le deuia el finado, de manera que fuesse dada sentencia contra el; tal juizio como este no empece a los otros herederos: maguer fueße dado*

ſabiendolo ellos, e no lo contradiziendo.

Lo meſmo prueba la ley 10. tit. 5. eadem partita 3. adonde ſe diſpone, *que vno de los coherederos, o de los compañeros, en razon de la coſa comun, neceſsita de poder de los demas, para poder eſtar en juizio, y prejudicarles. Pero que puedẽ ſer admitidos con caucion de rato.* Ergo bien prueba eſta ley la equiparacion, & à pari proceſſo entre los coherederos, y compañeros entre ſi. Item, que cada vno es preciſamente neceſſario, que dè poder por ſi. Item, q̃ cada vno no tiene expreſſo, ni tacito poder del otro. Item, que toda via ſe le concede litigar al vno en nombre del otro; pero con caucion de rato, taliter; que la ſentencia que ſe diere no obſte, ni pare perjuizio al auſente, en fuerça de ſentencia, ni de coſa juzgada, aunq̃ bien aproueche al vencedor contra el caucionero, en fuerça de ſu propria caucion, y obligacion, ibi; *Eſſo meſmo dezimos de los que fueren herederos, o aparceros de vna miſma heredad, o de otra coſa que les pertenezca comunalmẽte. Pero cada vna de eſtas perſonas de ſuſo dichas, antes que entrẽ en juizio deben dar recaudo por fiadores, ſo cierta pena, que fará, e guiſará de manera, que aquel por quien faze la demanda, aurá por firme quanto ſe razonare, o ſe fiziere, o ſe juzgare en aquel pleito; y ſi el otro no quiſieſſe eſtar por ello, que el, y los fiadores pechen al demandado la pena que les fuere pueſta.*

Tambien prueba lo meſmo (con mas claridad) la ley 21. ſiguiente de el tit. 22. eadem partita 3. adonde en las coſas indiuiduas, dada en fauor ſentẽcia de vno de los compañeros, fauorecer a los demas; pero dada en contra, no les prejudica, ibi: *E aun dezimos, que ſi algunos fueſſen aparceros, o diuiſeros, o compañeros ſobre alguna heredad, v otra coſa qualquier que ouieſſen de ſo vno, ſi el vno de eſtos compañeros mouieſſe demanda contra otro que fueſſe vecino de ellos, diziendo que el campo, o la caſa, o la heredad de aquel ſu vecino, deuia alguna ſeruidumbre a la heredad de el demandador, y de ſus compañeros, ſi el juizio fuere dado por el contra el demandado, no tan ſolamente tiene pro a el, mas aun a todos ſus compañeros. E ſi el juizio fuere dado contra el, no empeceria a los otros ſus aparceros, pues que non fueron ellos*

por

por si, nin otro por su mandado en aquel pleito. Ergo prueba claramente esta lei de la partida, que non solùm in rebus diuiduis, sino tambien (quod mirùm est) in indiuiduis (prout sunt seruitutes) sententia lata contra vnũ ex socijs, non producit rem iudicatam contra alios.

Vlterius d. l. 20. bien ponderada, ya se vé, que (per argumentum à contrario sensu, vel ab speciali) tambiẽ prueba, *que la sentencia contra vnum ex socijs no puede prejudicar al otro*; en quanto requiere, que para producir este efecto *sean rei vendendi, vel credendi*, cum ergo socij non sint rei debendi: bien prueba, *quod sententia contra vnum prolata non nocet alteri*.

Lo mesmo, con mas claridad, prueba en el juramẽto dicta l. 17. rit. 11. ibi: *Otrosi, dezimos, que si algunos compañeros, que fuessen obligados todos de so vno, e cada vno dellos por el todo*. Ergo bien prueba, que aunque sean compañeros, sino son obligados de so vno, y cada vno por el todo, iuramentum vnius alteri, neque prodesse, neque nocere debet: y asi prueban estas leyes de partida lo contrario de aquello para que son alegadas.

Y finalmente de la mesma manera se returce, Silva responsorum, que en el responso 1. num. 15. cum seqq. alega esta l. 17. de la partida, para probar (como el piẽsa que es necessario) que para que la cosa juzgada noceat, vel profit reis debendi, vel credendi, requiritur, quod sint socij; prout in d. l. 17. requiritur in iure iurãdo ergo bien prueba Silva responsorum, que pues, segun su opinion, para este efecto es menester, que concurran entrambas calidades, vna de que sint socij; y otra de que sint rei debendi, vel credendi copulatiué; no bastarà la vna sin la otra, nec quod sint socij; si non sunt rei; nec quod sint rei, si non sunt socij: ex regula textus in l. si hæredi plures, ff. de conditionibus institutionum cum vulgatis. Y asi queda indubitable, q̃ aqui no ay executoria, ni cosa juzgada contra doña Maria Suarez, ni processo litigado con ella, adonde se pueda replicar, que adõde ay vista, y reuista no se puede alegar nulidad: Porque esto no procede, ni tiene lugar,

gar in nullitate , quæ descendit ex defectu citationis non factæ, vel nulliter factæ, quia hæc nullitas non cẽ ſetur reiecta ab ſtatuto, quãuis generaliter tollat nullitatem , quia per ſtatutum huiuſmodi huic nullitati derogari non poteſt, quia eſſet tollere defenſionem, quæ eſt de iure naturali: que ſon palabras formales de Felino, y otros muchos, a quien con reconmendacion refiere, y ſigue Iuan Gutierrez lib.1.practicarum, quæſ 120.num.5.verſ. ex quo.

SEGVNDA PARTE.

ESTA comiença fundando el Abogado de doña Tereſa, y tanto en el hecho, quanto en el derecho es incierto, y menos bien aplicado lo que aſsienta.

Quoad prius, perſiſte en aquel antiguo penſamiento, *de que Iuan Perez Melgarejo fue y es deudor, y principal pagador deſte tributo*, en fuerça de la eſcriptura en que fió a ſu padre Marcos Perez Moreno, y de la de reconocimiento que hizo.

Eſto es incierto, y no ay para que canſar a V.S. y a eſtos ſeñores con inutil repeticion, de lo que tan claramente auemos fundado en nueſtra alegacion, deſde el numero 67. A ſaber; *que Iuan Perez Melgarejo no deue nada, ni por ſi, ni ſu perſona ay obligacion perſonal, ni real a eſte tributo.* Porque la que el hizo fue, *de reconocerle, y pagarle a don Iuan de Saauedra*: y eſto ya ſe ha hecho, y conſequentemente omnis obligatio ſolutione ipſo iure ſublata, ad textum in §.1. inſtitutis quibus modis tollitur obligatio. Y aſsi es intolerable coſa pretender hypotecaria contra Iuan Perez Melgarejo, y ſus bienes por ſu perſona, contra quien no ay accion real, ni perſonal, y la que huuo eſtà eſtinguida por la paga.

No deja de reconocer el Abogado de doña Tereſa la flaqueza de eſte penſamieno, y paſſa a otro, diziendo, que quando Iuan Perez Melgarejo no eſtuuiera obligado por las dichas eſcripturas, no ſe le puede ne-

gar

gar, que fue heredero de Marcos Perez Moreno su padre, y que recibio bienes suyos en su hijuela, como parece de la particion, de que colige, *que esto basta para q̃ este obligado insolidum, y que no pueda pretender, que se diuida prorata como vno de siete herederos*: Cosa que prueba, por que Marcos Perez Moreno su padre (de quien fue heredero) no tan solamente estaua obligado por acciõ personal, sino tambien por la real hypotecaria de todos sus bienes, como parece de las escrituras: y añade, que en estos terminos es doctrina infalible, que cada heredero (aunque possea vna minima parte de la herencia) tenetur insolidum, y no prorata, en fuerça de ser la hypoteca indiuidua.

A lo qual se responde, que no se niega la verdad de la doctrina, sino la aplicacion; porque no ay duda, que vn solo terron de tierra que possea qualquiera heredero, o no heredero (porque en este caso no se considera la calidad de heredero como personal, sino la de posseedor como real) tenetur insolidum, alternatiuè, *vel soluere totum debitum, vel dimittere totam hypothecam.*

Pero todo esto se halla remoto de el pleito; adonde ni conuienen a Iuan Perez Melgarejo, como posseedor, sino solo como heredero de su padre, y como a vno de siete herederos. No le conuienen como a posseedor, ni con accion hypotecaria (que siempre es alternatina) sino con accion personal hereditaria, que siempre es precisa. Ni pudieran, porque no es posseedor; y el cõuenir como posseedor, no se contenta con auer posseido, sino que requiere presentanea, y actual possession al tiempo de quando se dize; ni basta auer heredado cien mil ducados en dineros, para estar el heredero sugeto a accion real, mientras no le intentan, y dizen: *sois posseedor de tal viña, o de tal heredad, que me està hypotecada, toda la qual me aueis de dejar, o pagar toda mi deuda.*

Vea aora el Abogado de doña Teresa si ha cumplido con esta forma, o puede aplicar esto a vna via executiua, en que pretende sentencia de remate por cantidad cierta: y en esta cõformidad como se aplica la doc-

trina de que ſe quiere valer.

Y la que alega en la pagina 6. verſi. Cæterum, antes (comprobando eſta verdad) deſtruye ſu intenciõ; por que es cierto, que ſupone, que el reo conuenido, es poſ ſeedor de alguna hypoteca, y como tal conuenido; y aun entonces huuo muchos Autores, que tuuierõ por opinion, *que toda via ſe auia de tratar de ratear entre los demas compoſſeedores*, reſpecto de las palabras de la ley Moſ chis, itaque ſupponendo vnum, diſputabant aliud; el ſu pueſto es: *Que el conuenido ſe halla poſſeedor de alguna hypoteca.* El diſputado es: *Si en eſte caſo puede pretender, que ſe aya de hazer rateacion con los demas poſſeedores?* Y huuo mu chos, que ſintieron la parte afirmatiua, como parece de el meſmo Feliciano, que por ſi alega, ibi; *Occurrit tamen inquirendum, an ſi hypothecæ deuenerint ad plures poſſeſſores, quilibet poſsit inſolidum conueniri; an verò debeat ſolùm pro virili excuti? quia de re Authores noſtri videntur diſſenſiſſe; quoniam Dinus in l. Moſchis, ff. de iure fiſci, docuit expreſſe creditorem in ſpecie propoſita ſolum agere poſſe pro virili, aduerſus quẽ poſſeſſorem nec deſunt authores grauiſsimi, qui aſſerunt id maximè locum habere in contractu cenſuali, exiſtimãtes in eo non niſi pro virili conueniri poſſe pignorum poſſeßores, expendentes pro hac parte deciſionem Pontificiam in cap. conſtitutus de religioſis domibus, vbi Panormitanus, Anchrarrauus, & alij.*

Demanera, que tres propoſiciones aſsientan eſtos Autores. La primera, que muchos, y muy graues en fuerça de las palabras de la ley Moſchis, reſoluieron, *que cada poſſeedor de hypoteca no podia ſer conuenido mas de por la rata parte, y al reſpecto de los demas como poſſeedores.*

La ſegunda, que otros ſintieron, que (fueſſe lo que fueſſe en los poſſeedores de las hypotecas ordinarias) *en las de los cenſos, por razones particulares dellos, era preciſa eſta rateacion.*

La tercera y vltima. *Que en los vnos, y en los otros no deue auer lugar la rateacion.* Pero eſto ſuponiendoſe dos co ſas. La primera, que el conuenido ſea poſſeedor. Y la ſegunda, que le conuengan como a poſſeedor, e inſolidum por la accion real, y no por la perſonal; como parece

rece de las mesmas palabras, ibi: *An si hypothecæ deuenerint ad plures possessores, quilibet possessor posit insolidum conueniri, an veró debeat solum pro virili excuti?*

Y assi ni proponiendose en este caso posseedor, ni conuenido como a posseedor, ni por accion real, sino personal, ya se vee quan poco se puede aplicar a este caso la doctrina que se refiere.

Passa el Abogado de doña Teresa, 2. loco, a fundar su intento, y dize, *que quede assentado* (como lo piensa, siẽdo en contrario la verdad muy clara) *que Iuan Perez Melgarejo esta obligado insolidum:* y que tampoco se puede dudar, que sucedio en esta obligacion Marcos Perez de Mesa, porque fue su hijo, y heredero vnico, y que no hizo inuentario. Y consequentemente, *quedó obligado etiã vltra vires hereditarias.* A que se responde facilmente, que la sequela fuera cierta, si lo fuera illud, ex quo sequitur; pero no lo es, antes lo contrario, videlicet: *Que Iuan Perez Melgarejo ni está obligado por su persona a cosa alguna, ni mas de como heredero de Marcos Perez Moreno su padre:* y (como dexó siete) *solamente por la porcion hereditaria como vno dellos.*

Dize lo tercero, que tambien quedò obligado Marcos Perez de Mesa, como hijo vnico de Iuan Perez Melgarejo su padre, por auer sucedido en los bienes de el suso dicho, que estauan afectos con la hypoteca, y que por no auer hecho inuentario, se presume, que todos los bienes que dexò Marcos Perez de Mesa, los heredó del dicho su padre; nisi contrarium probetur. Para lo qual alega a Surdo decisione 339. tom. 2.

En cuya alegacion no hallo palabra que tenga consistencia; porque en quanto a lo primero, que dize, *que los bienes de Iuan Perez Melgarejo estauan afectos con hypoteca:* petit principium, y peca en que se le niegue el supuesto, pues (como mil vezes auemos repetido) nunca en Iuã Perez Melgarejo por su persona vuo obligaciõ personal, ni en sus bienes huuo hypoteca alguna, cosa que se demuestra à sufficienti partium ennumeratione: porque por su persona no ay obligacion alguna personal

nal,ni real. Por la de heredero (aunque la pudo auer perſonal pro rata parte) nunca empero hypotecaria, porque en los bienes de el heredero no cae hypoteca por las deudas de ſu difunto, l. Paulus, ff. de pignoribus y la deciſion de Pedro Surdo, ni es, ni puede ſer contraria a eſto, ni tiene que ver con eſte caſo, en el qual de lo dicho ſe conuence con toda llaneza, que ſegun bien fundada juriſprudencia, en ninguna manera ſe pudo tratar, ni tomar en la boca accion hypotecaria, ſino fueſſe demonſtrandoſe ocular, y preſentaneamente poſeſsion actual deſte tiempo, de bienes que huuieſſen ſido de Marcos Perez Moreno, y como tales ſugetados a la hypoteca de habitos, y habendos, contenida en la eſcritura que el ſuſo dicho otorgò a los que le vendieron los oliuares, y en que ſe fundô la executoria que doña Tereſa tiene; porque deſde ſu perſona a eſta parte, todos los contra quien ſe pretende, o ſon ſus herederos, o herederos de ellos, y aſsi no ſe proponen terminos en que ſe pueda dezir que ay hypoteca, ex d. l. Paulus.

Dize lo quarto el Abogado de doña Tereſa, que no ſolo por preſuncion de derecho, ſino por probança, conſta en eſte pleito, que Iuan Perez Melgarejo tuuo y poſſeyó la heredad del bodegon alto. Porque ya eſtà reſpondido, y ſe repite lo primero, que no eſtà probada coſa ſemejante: pero que, quando ſin perjuizio de la verdad, lo eſtuuiera, importara poco, por lo que va reſpondido, que en bienes de Iuan Perez Melgarejo, no cayò, ni pudo caer accion hypotecaria, pues no eſtà obligado, ni conuenido en eſte pleito por accion hypotecaria real, ſino por la hereditaria perſonal, y ſatis infeliciter, ſe confunde con eſto, el no auer hecho inuentario, y que ſu omiſsion preſume la herencia lucroſa y baſtante para pagar las deudas de el difunto, etiã vltra vires hæreditarias. Porque vna coſa es, y muy diferente, que vno, o muchos herederos inſolidum, vel pro parte reſpectiuè teneantur ſoluere æs alienum defuncti, ſi inuentarium non cõfecerint. Y otra coſa es muy

diſtinta

distinta si ha de pagar vn heredero la parte de el otro, por no auer hecho inuentario. Y quando son muchos los herederos, es muy llano que aunque no le ayan hecho, nũca està el vno obligado por la parte de el otro, aunque bien es cierto que dentro de la esphera de la suya, no podra dezir, ni alegar que heredò pocos bienes, sino hizo inuentario, como tampoco lo pudiera dezir si fuera vn solo heredero. Cosa que se prueba con harta llaneza, de la muchedũbre de los derechos que se alegan en la informacion de don Rodrigo, a numero 55. a donde se prueba la diuision legal de las acciones actiuas, y passiuas entre los herederos por derechos de los digestos, en cuyo tiẽpo no era conocido, ni auia venido al mundo el beneficio del inuentario, y que largo tiempo despues fue constitucion, y nueua inuencion de el Emperador Iustiniano, en l. final, C. de iure deliberandi.

No creo que deja de reconocer el Abogado de doña Teresa, lo flaco de las alegaciones hasta aqui propuestas, y respondidas, pues passa a la quinta, y se quiere valer de ella, que es la siguiente. Nempè, q̃ quando lo dicho cesara, por lo menos estuuiera obligada doña Maria Suarez, ex alio capite, hoc est, *por auer negado con juramento el ser heredera de Marcos Perez de Mesa su padre, y hauersele probado por las particiones, y testimonios presentados por parte de doña Teresa,* con que dize que se viene a hallar conuencida de mendacio, e incursa en la pana de el, y que esta lo es, quod teneatur insolidum, aunque alias no pudiera ser conuenida mas que prorata, de que dize que son textos claros, l. voluit⁊ l. de ætati. §. qui tacuit, ff. de interrogatorijs actionibus. Porq̃ se le responde facilmente, lo primero, con lo tantas vezes repetido, y fundado en la primera pa te, nempé, que esto es supponendo incertum, & petendo principium, y que doña Maria estè vencida, y condenada en este pleito, que esto mesmo que se ha alegado, y probado, y que si fuera oida, y defendida legitimamente mostrarà ser (como fue) cierta su declaracion, y que

ni es, ni ha ſido heredera de Marcos Perez de Meſa ſu padre, ni tal herencia tiene acetado jamas, y como eſta ſea accion perſonaliſsima, y como tal, dê probança dificultoſa, vt in l. 2. ff. de interrogatorijs actionibus, nunca ſe prueba, ni puede introducir por actos de perſona eſtraña, y que lo es en eſte caſo el marido, reſpeto de la muger: y aſsi nunca le pudieron prejudicar a doña Maria en eſta razon los autos que don Iuan de Anaya ſu marido, ſe pretende auer fecho en la particion con ſus cuñados, mientras no ſe moſtrare ligitimamente aceptacion juridica, y perſonaliſsima, hecha por la meſma doña Maria de la herencia de ſu padre, que no la ay, ni ha auido, ni con verdad ſe podrà moſtrar.

Lo ſegundo, mas peremptoriamente ſe reſponde, que aunque (ſin perjuizio de la verdad) conſtará en eſte pleito auer doña Maria Suarez acetado la herencia de Marcos Perez de Meſa ſu padre, y auerlo negado, y de ello per legitimos tramites eſtuuiera conuencida vencida, y condenada, adhuc todauia no ſe pudiera pretender lo que doña Tereſa pretende: y los textos de interrogatorijs actionibus que ſe traen entendidos, y panderados como deuen, prueban eſte intento, y ſe retuercen contra la parte contraria, porque ſon principios de aquel titulo, deducidos, y aprobados deſde la ley 1. y 2. de el, que para ocurrir a la dificultad que en ſi contiene la probança de la acetacion de la herencia, tuuieſſe qualquiera obligacion a reſponder, preguntando *ſi auia ſido heredero de otro, y porque parte lo auia ſido*, impueſta pena *que ſi lo negaſſe, eo ipſo (conſtando lo contrario) fueſſe auido por heredero inſolidum*, fundado en q̃ por principio, y preſuncion juridica, y de naturaleza, eſtà excluida la pluralidad, y en ſiendo vno heredero eo ipſo ſe preſume que lo es vnico, ſolo è inſolidum, y quien dixere otra coſa por via de excepcion lo ha de moſtrar, & oneratur ipſius probatione, ex regula textus in l. 1 C. de probationibus. De que reſulta, que en la materia de aquel titulo, ſi ſucedieſſe, que alguno hu

uieſſe

uiesse negado ser heredero de otro, y cõuencido de auer sido heredero, justamente seria reputado (en duda) por vnico, y solo heredero, porque essa es la presuncion de la naturaleza, y de la ley, y estaria obligado como vnico y solo heredero, mientras no se mostrasse lo contrario, pero en el punto que pareciese auer auido mas herederos, nunca estaria mas obligado que por la porciõ hereditaria. Y assi lo entendio bien (suo more) Iuriscõsultissimu Antonius Faber in dicta l. de ætate 11. §. qui tacuit in fine, ibi: *Quod cum factum est, nihil vetat eum, qui conuenitur tanquam hæres, cum nullo modo sit perinde haberi pro confesso, atq; is, qui ex parte tantum hæres est, habetur pro negante, & tamquam hæres ex asse.* Sequitur, & facit, *vtroque casu insolidum conueniri possit si alius hæres non appareat.*

Sino, pregunto yo al Abogado de doña Teresa (pidiendo, como pide, y que no puede de otra manera en el caso deste pleito) a don Rodrigo de Abrego (y deuiera pedir a don Antonio en su fuero) y a los demas herederos por su rata porcion, qua fronte auia de cobrar de ellos por vna parte, y por otra insolidum de doña Maria Suarez? pues esto fuera pretender (deuiendosele diez, cobrar quinze, o veinte; en que manifiestamente se contuuiera notorio dolo, y malicia, & contra vulgarem regulam textus in l. bona fides, ff. de regulis iuris.

TERCERA PARTE.

TODO lo que en ella dize el Abogado de doña teresa, se reduce a tres medios: A saber el primero, que no puede don Rodrigo, ni sus hermanos, como herederos de doña Isabel de Montesdoca su madre, y como tales acreedores por su dote, y arras, cõtra los bienes de Marcos Perez de Mesa su padre, hazer oposiciõ a sus bienes, porq̃ estã pagados deste credito. El segundo, q̃ en caso que no lo estuuiera, no podian ser admitidos, por auerse litigado este pleito cõ ellos, como tales herederos del dicho Marcos Perez de Mesa su padre. El tercero y vltimo, porque quando los dos prime

ros cessaran, les obstaua la excepcion rei iudicatæ, vel litis transactæ, del pleito que siguieron entre si los tres hermanos, con doña Maria Suarez, como heredera mejorada de la dicha doña Isabel de Montesdoca su madre.

Pero a esto està respondido en la forma siguiente.

Ad primum medium.

AVNQVE es doctrina cierta, y principio de derecho, quòd quotis creditor debitori, vel ê cõuerso debitor creditori hæres extitit, statim confundũtur obligationes, l. debitori 50. l. Vranius 71. vers. quãuis, ff. de fideiussoribus, l. Sticum, §. aditio, ff. de solutionibus, l. si id quod, ff. de liberatione legata, l. si hæres, §. vltimo, ff. de euictionibus, notat latè Cuyatius in d. §. aditio, & in d. l. debitori, ex alijs dominus Padilla in l. cum secundum num. 13. C. de fideicommissis.

Y la razon à priori, es, porque todas las vezes que sucede el venir a concurrir in vna, eademque persona ius crediti, & debiti, & datur incompatibilitas iuris, quod non potest quis sibimet ipsi debere, ex ea confusione, perinde ac solutionis iure, sublata omnis obligatio censetur, siue naturalis ea fuerit, siue ciuilis, quasi ipse sibi creditor adeundo hæreditatem debitoris pecuniam soluere intelligatur: hodie tamen, despues de la nueua constitucion del texto en la ley final, §. incõputatione, vers. si verò, C. de iure deliberandi creditor qui fideiussori, vel debitori suo hæres extitit, si hæreditatem adeat cõfecto inuentario saluam, & illæsam sibi conseruat actionem, & actiones cõpetenter, ita vt nullatenus, vna cum altera confundatur, hanc enim (inter alias) prærrogatiuam habet inuentarij confectio, vt ex illo actiones, seu obligationes defendantur, non confundantur: vt ad literam disponit textus in d. vers. si verò, vbi latè Scribentes meminit Valascus 1. tom. consultatione 52. num. 43. prosequitur, & explicat dominus Padilla d. l. cum secundum à num. 24. C. de fidei

com-

cõmiſsis: ac ſubinde, como en el caſo preſente los herederos de Marcos Perez de Meſa, aceptaron con beneficio de inuentario, y le hizieron, y parece hecho en la meſma particion que doña Tereſa ha preſentado en eſt pleito; conſequentemente no eſtà confundida la accion: por la qual como herederos de doña Iſabel de Monteſdoca ſu madre, y por ſu dote eran y ſon acreedores hypotecarios contra bienes de Marcos Perez de Meſa ſu padre.

Dixe *hypotecarios*, porquè con ellos de camino quede aſſentada la prelacion, reſpecto de que como tantas vezes auemos repetido, tanto en la perſona de Iuã Perez Melgarejo, como heredero de Marcos Perez Moreno ſu padre, quanto en la de Marcos Perez de Meſa, como heredero de Iuan Perez Melgarejo ſu padre, no ſe dà, ni halla mas de accion perſonal; y aſsi aun quando huuierà precedido en tiempo la aceptacion de la herencia, hecha por Marcos Perez de Meſa; en los bienes de Iuan Perez Melgarejo ſu padre, a la dote de ſu muger; no pudiera concurrir con ella, porque nunca las acciones perſonales, por mas priuilegiadas que ſean, y anteriores, concurren con las hypotecarias por mas ordinarias que ſean, y poſteriores, porq̃ nunca ſe llegò al titulo *de priuilegijs creditorum*, ſino deſpues de acabado el titulo, *qui potieres in pignoribus habeãtur*. Pero el caſo preſente aun eſcuſò en el hecho ſemejante imaginacion; porque la obligacion de la dote hipotecaria, precedio mucho tiempo a la herencia y acetacion del dicho Iuan Perez Melgarejo, hecha por Marcos Perez de Meſa ſu hijo: y lo que mas es tambien precedio en tiempo a la aceptacion de la herencia; que el dicho Iuan Perez Melgarejo hizo en la de ſu padre Marcos Perez Moreno; porque entonces era viuo, y ſobreuiuiò algunos años, como parece por los preſupueſtos, que eſtàn al principio de eſte papel.

Ad secundum medium.

SE responde facilmente, que lo que se les hizo bueno a los hijos, y herederos de *Marcos Perez* de *Mesa*, y se les sacó por deuda, para pagar por razon de la dote de su madre, no fueron mas que los cinco mil y duziētos ducados: porque como no auia acreedor cō quien competir, y de qualquiera manera les pertenecia, no trataron de la cobrança de los otros tres mil ducados de dote, y arras, que como acreedores de su madre podian, y pueden cobrar, y aora que se ha ofrecido la ocasion de auer acreedor a quien oponerse, se oponen, e intentan su derecho, que tienen saluo, y entero contra los bienes de su padre, como herederos de su madre.

Ad tertium medium.

EN este se vale doña Teresa de la alegacion que se hizo en el pleito de entre los herederos de el dicho Marcos Perez de la vna parte con la dicha doña *Maria* Suarez, heredera mejorada en tercio y quinto de doña Isabel de *Montesdoca* su madre de la otra; nēpê, que *Marcos* Perez de *Mesa* al tiempo y quando se casò con la dicha doña Isabel de Mōtesdoca su muger no tenia treinta mil ducados de caudal, que eran necessarios, paraque en su decima parte pudiessen caber los tres mil que le mandò por razon del dicho matrimonio. Y añaden, que esta alegacion hizierō en aquel pleito los herederos de *Marcos* Perez de *Mesa* contra doña *Maria* Suarez su hermana, mejorada en tercio, y quinto de doña Isabel de *Montesdoca* su madre.

Pero ningun perjuizio causa esto a la pretension de dos hijos, y herederos de doña Isabel de *Montesdoca*, cuyo credito, y derecho de la dote, y arras se halla (como està dicho) saluo, y en su entera fuerça y vigor: porque en quanto a los dos mil ducados, que por via de dote *Marcos* Perez de *Mesa* mandó a doña Isabel de *Montesdoca* su muger, en conformidad, y execu-

cion

cion de la concesſion Apoſtolica, y Bulas de ſu Santidad, fue vn contrato mere oneroſo, y no fueron arras, ni contrato lucratiuo dellas, ni ſugeto a que cupieſſe, o no cupieſſe en la dezima parte de los bienes de quiẽ lo prometia, como, ni tampoco en la quinta ſi tuuiera aſcendientes, como en terminos indiuiduales bien lo reſuelue el Padre Tomas Sanchez de matrimonio, 1. tom. lib. 6, diſputatione 8. num. 3. ibi: *Quando vir dotat vxorem conſanguineam, eo quòd Pontifex ea lege in conſanguinitate, vel alio impedimento diſpenſauit, extrahitur ea dos ex toto hæreditatis cumulo, quia non eſt donatio gratioſa, ſed cõtractus cum Pontifice initus, vt ea diſpenſatio concedatur.* Y aſsi en quanto a los dos mil ducados, ninguna duda puede auer de que ſon y ſiempre fueron deuidos por Marcos Perez de Meſa, y ſus bienes a doña Iſabel de Monteſdoca, y ſus herederos por ſu dote, y aumento de el, en la meſma forma y manera, y lugar que los otros cinco mil y duzientos ducados efectiuos, aunque Marcos Perez de Meſa no tuuieſſe bienes algunos al tiempo de la dicha promeſa de dote.

Y lo meſmo procede en quanto a los mil ducados de las arras, porque ſi bien a los herederos de doña Iſabel de Monteſdoca les baſta para la pretenſion de eſta cobrança, la aſsiſſencia de el derecho, y del inſtrumento publico que tiene en ſu fauor, y a los herederos; o acreedores de Marcos Perez de Meſa, que por via de excepcion le pretendieſſen eſtoruar de la paga, les incumbia la carga de la probança, vt cum iuditio docuit idem pater Thomas Sanchez dicto libro 6. diſputatione 35, numero 4. en el caſo preſente viene a tener mucho menos duda, cõſiderado, que no tan ſolamente ſe funda le accion en el inſtrumento publico de la dicha promeſa de arras, ſino que vlterius en el miſmo inſtrumento folio 269. el promitente confieſſa, y declara, *que caben los dichos mil ducados que promete en la decima parte de ſus bienes, y en la legitima paterna, y materna de ſus padres,* que entrambos eſtauan preſentes, y ſe hallaron, y conſintieron en la dicha promeſa, y en la

conſi-

confideracion, y computacion de sus legitimas para ella.

Y porque mas particularmente (y ex superubundanti) aunque (como se acaba de apuntar) no les incũbia esta carga a los herederos de doña Isabel, muestrã y consta por la escritura presentada en el pleito folio 361. que muchos dias antes ya tenia *Marcos* Peres de *Mesa* los siete mil ducados de oro, que por donacion propter nuptias, por via de casamiento le auian mandado los dichos sus padres.

Y porque finalmente, no le puede sufragar a doña Teresa la alegacion que en esta razon hizieron los herederos de el dicho *Marcos Perez* de *Mesa*, contra la dicha doña *Maria* Suarez, como heredera y mejorada en tercio y quinto de la dicha doña Isabel de *Mon*tesdoca su madre. Porque le obsta la regla del titulo, res inter alios, l. sæpe, ff. de re iudicata, l. 20. titulo 22. partit. 3. y aquella alegacion la hizieron como herederos con beneficio de inuentario del dicho *Marcos* Perez de *Mesa*, deudor, que no les pudo prejudicar a la otra persona distinta que aora hazen, como herederos de doña Isabel de *Montesdoca* acreedora, y sucesores en fecho, y causa de la dicha doña *Maria* Suarez; por lo que tocò a tercio y quinto; con la qual, porque reconocieron el fundamento de bono iure, que le assistia, por lo que se acaba de fundar; no embargante que tenian contra ellos dos sentencias en fauor, se compusieron, y transigieron, dandole trezientos y cincuenta ducados, cuyo derecho tienen, y no ay cosa que le impida la cobrança y prelacion a los hijos y herederos de doña Isabel de *Montesdoca*, contra todos y qualesquiera acreedores de Marcos Perez de Mesa, aunque mas fueran hypotecarios, y con mucho mayor razon contra doña Teresa, que no lo es mas que mere personal, chyrographaria.

Y porque finalmente quantas doctrinas el Abogado contrario alega, para exclusion de la terceria, que a esta execucion hazen don Rodrigo, y doña Maria,

padecen

padecen tres defectos. El primero, que ni en ſi concluyen coſa alguna, ni ſon ciertas. Y el ſegundo, que no ſe aplican al caſo de eſte pleito, y de heredero con beneficio de inuentario, que como ſe acaba de fundar, mediante ſu beneficio, el derecho lo tiene, y reputa por mere eſtraño, y por tercero, de la meſma forma, y manera que ſi en todo y por todo lo fuera. El tercero, y vltimo defecto, que quando las dichas doctrinas fueran ciertas, y aplicables al caſo, fueran, y ſon todas de Autores eſtrangeros y eſtraños de eſtos Reynos, y adonde eſtà en ſu entera fuerça, y vigor el rigor de el derecho comun, y no la forma para eſte caſo dada en Eſpaña a los Iuezes della, por la ley 41. tit. 4. libro 3. recopilationis, ibi: *mandamos, que quando contra alguna execucion ſe opuſiere alguna muger por ſu dote, o otras perſonas* (como aqui ſe oponen doña Iſabel de Mõtesdoca, y ſus hijos, y herederos por ſu muerte, y que repreſentan ſu perſona, y por derecho ſe reputan vna miſma coſa con ella) *no ſe mande dar informacion ſumaria, ſino que reciban luego a prueba con termino ordinario, a los opoſitores en via ordinaria.*

Ex quibus parece bien fundada la juſticia de don Rodrigo, y doña Maria ſu hermana, para que ſe aya, y deua determinar en ſu fauor en todo, como por eſte pleito piden: y aſsi lo eſperan. Saluo &c.